



Fundamentos e princípios de direito empresarial

Marcelo Vieira von Adamek

Aula 08: Ato e atividade; a atividade
empresarial; teoria da empresa



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

1ª Parte – Introdução.

I. Direito comercial: sistemas.

I.A. Sistema subjetivo (Idade Média: corporações de ofício; direito estatutário).

I.B. Sistema objetivo: atos de comércio (Revolução Francesa e *Code de Commerce* de 1807)

I.B.1. Atos de comércio: classificação.

I.B.2. A definição de comerciante no sistema do Código Comercial de 1850.

Art. 4º Ninguém é reputado comerciante para o efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual.



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

I.C. Sistema funcional: a teoria da empresa.

I.C.1. A unificação formal do direito comercial e o Código Civil italiano de 1942.

I.C.2. O sistema do Código Civil atual (CC, art. 966).

⇒ não deixa de ser um sistema objetivo.



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

II. Empresa, empresário e estabelecimento.

II.A. Empresa: conceito econômico.

- empresa: conceito econômico (organização dos fatores da produção); como traduzi-lo juridicamente?

II.B. Empresa: conceito jurídico poliédrico e os perfis de Asquini.

Os quatro perfis:
(RDM 104/109)

subjetivo – empresário ou sociedade empresária
funcional – atividade
objetivo ou patrimonial – estabelecimento
corporativo – instituição



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

II.B. Empresa: conceito jurídico poliédrico e os perfis de Asquini.

II.B.1. Perfil objetivo (ou patrimonial): estabelecimento (objeto de direitos).

CPC: Art. 678. A penhora de empresa, que funcione mediante concessão ou autorização, far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens, ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores (...).

➔ penhora-se o sujeito, a atividade ou o bem (que será expropriado, ao final do processo de execução)?



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

II.B.2. Perfil subjetivo: empresário (sujeito de direitos).

Lei 8.934/94 (dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis).

Art. 1º. O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, subordinado às normas gerais prescritas nesta Lei, será exercido em todo o território nacional, de forma sistêmica, por órgãos federais e estaduais, com as seguintes finalidades:

- I – dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma desta Lei;
- II – cadastrar as empresas nacionais e estrangeiras em funcionamento no País e manter atualizadas as informações pertinentes;
- III – proceder à matrícula dos agentes auxiliares do comércio, bem como ao seu cancelamento.

☞ vide ainda: CLT, art. 2º; e LAT, art. 16.

☞ Registra-se o estabelecimento, a atividade ou o sujeito?



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

II.B.3. Perfil funcional: atividade.

LSA, art. 2º, *caput*: Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

➔ objeto social é o empresário, o estabelecimento ou a atividade?

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

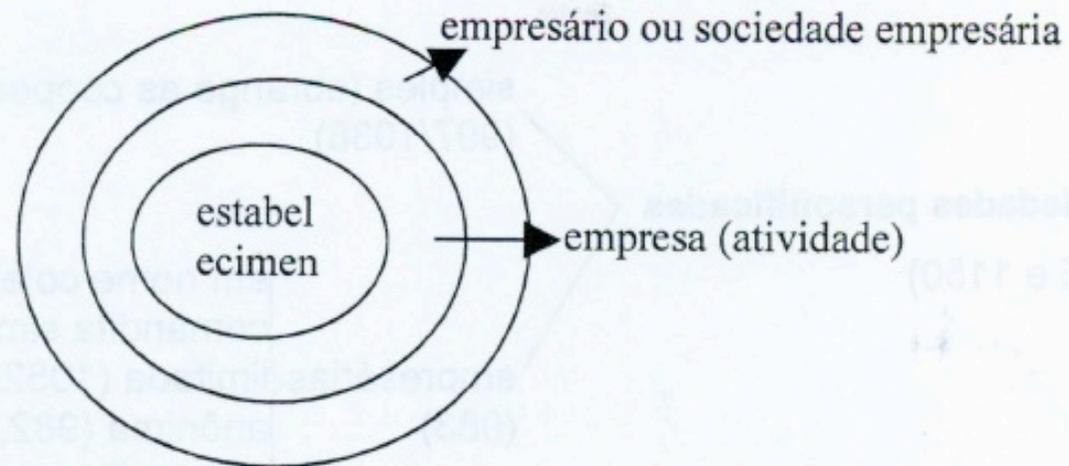
II.B.4. Perfil institucional.



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

- Conceituando juridica/: empresário ou sociedade é o *sujeito de direito*
estabelecimento é o *objeto de direito*
atividade é o *fato jurídico*





Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

II.C. Empresa e empresário no Código Civil de 2002 (CC, art. 966).

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Art. 2082. É empresário quem exercita profissionalmente uma atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens ou de serviços.

Art. 2238. Se o exercício da profissão constitui elemento de uma atividade organizada em forma de empresa, se aplicam também as disposições do Título II (2082 e segs.). Em qualquer caso, se o que exerce uma profissão intelectual emprega substitutos ou auxiliares, se aplicam as disposições das seções II, III e IV do cap. I do título II (2094 e segs.).



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

2ª Parte – Teoria da Empresa.

I. Empresário (CC, art. 966).

I.A. Empresário ou sociedade empresária é o exercente de empresa.

I.B. Empresa.

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. «*omissis*»



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

I.B. Empresa.

- (1) atividade
- (2) atividade econômica.
- (3) caráter profissional do seu exercício;
- (4) organização;
- (5) produção ou circulação de bens ou serviços
- (6) (para o mercado); e
- (7) licitude da atividade (é requisito negativo?).



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

I.B.1. **Atividade**: conceito e diferenças em relação ao ato; objeto da disciplina.

- atividade = prática coordenada de atos (atos e negócios jurídicos, e atos materiais), imputáveis a uma mesma pessoa e organizados em vista de um objetivo comum.
- regulamentação jurídica do ato jurídico – tutela do agente; da atividade – tutela da coletividade.
- diferenças: (i) capacidade: ato jurídico (absoluta ou relativa) e atividade (sempre absoluta); (ii) validade: ato jurídico (válido ou inválido) e atividade (ilícita ou lícita; e regular ou irregular); e (iii) responsabilidade civil: ato jurídico (normalmente, subjetiva) e atividade (objetiva) – e os vícios de um não atingem necessariamente o outro.
- atividade é fato, que se prova: (i) no empresário individual, pela demonstração dos vários atos que a compõem; e (ii) na sociedade, pela demonstração de um ato dentre aqueles do seu objeto social.



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

I.B.2. Atividade econômica.

I.B.2.1. Atividade econômica significa atividade produtora de bens ou serviços?

- círculo-vicioso desta explicação; e
- atividades de benemerência: transporte gratuito e ensino de línguas.

I.B.2.2. Criadora de riquezas (em potencial).

- atividade econômica é aquela idônea abstratamente a produzir riquezas, pouco importando se, num caso concreto, do seu exercício advenha prejuízos ao seu titular.

I.B.2.2.1. Lucro subjetivo ou objetivo.

I.B.2.2.2. Aquisição de bens ou serviços em condições favoráveis.



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

I.B.2.3. Atividade econômica e atividade de mero desfrute (autárquica).

➤ distinção nem sempre é fácil: (1) administração de patrimônio próprio: proprietário de vários imóveis, que os loca a terceiros; (2) locação de imóveis mobiliados; (3) serviços adicionais; e (4) administradora de flat e imobiliária.

➤ Sociedades “holdings”: são empresárias ou não?

+ posição de Fábio Ulhoa Coelho;

+ julgado da Câm. Esp. de Fal. e Rec. do TJSP.

+ duas explicações possíveis: (i) imputação da atividade à controladora (e a correlata dificuldade em fazer o mesmo com PF; multiplicação de empresários); e (ii) atividade econômica de controle.



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

I.B.2.4. Intento lucrativo (aferido pelo ato no contexto da atividade).

- ☛ intento lucrativo: (i) análise do ato no contexto maior da atividade (ato gratuito não é incompatível com a empresa); e (ii) intento lucrativo não é o mesmo que intento especulativo e, sim, o intuito de produzir novas riquezas.



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

I.B.3. Exercício profissional da atividade; **profissionalismo**.

I.B.3.1. Atributo da atividade e do exercente.

I.B.3.2. Profissionalismo (e habitualidade).

☞ atividade que se projeta no tempo.

☞ atividade pode ser sazonal.

☞ atividade de escopo-único.

+ o problema da SPE (SPC): posições de Nelson Eizirik e TJSP.

+ “joint-ventures” para participar de licitações de obra pública.

☞ atividade não precisa ser exclusiva ou principal em relação a outra.



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

I.B.4. Organização: atividade **organizada**.

- grande controvérsia: há atividades organizadas que não são empresárias; e atividades empresárias em que a organização é modesta ou não envolve todos os fatores de produção.
- I.B.3.1. Conjugação dos fatores de produção (em percentuais variáveis).
- fatores de produção: (i) capital; (ii) trabalho; e (iii) natureza – e (iv) tecnologia, para certos autores – em percentuais variáveis, que nem por isso excluem caráter empresarial da atividade.
- organização do trabalho: seria essencial? Fábio Ulhoa Coelho entende que sim. Mas, como explicar o caso da lavanderia ou da automação
- organização dos demais meios é essencial? O exemplo do intermediário profissional e dos agentes de investimento.
- produção a partir do próprio trabalho e bens instrumentais modestos.



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

I.B.5. Produção ou circulação (distribuição) de bens ou serviços.

- produção ou circulação (distribuição).
- bens ou serviços: antigas sociedades civis \neq sociedade simples.
- produção de bens primários, secundários e terciários.

I.B.6. (Para o mercado).

- atividade econômica – para o mercado.
- não é produção autárquica ou de mera subsistência.
- empresa por conta própria: marcenaria ou construção de casas para atender as necessidade do agente. E o caso da sociedades agrupadas, que produzem para a controladora ou, então, sociedades cuja produção é inteiramente destinada a outra produtora: são elas empresárias?



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

I.C. Atividade intelectual (CC, art. 966, par. ún.): não é empresária.

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir **elemento de empresa**.

Art. 2238 do CC it: **Se o exercício da profissão constitui elemento de uma atividade organizada em forma de empresa**, se aplicam também as disposições do Título II (2082 e segs.). Em qualquer caso, se o que exerce uma profissão intelectual emprega substitutos ou auxiliares, se aplicam as disposições das seções II, III e IV do cap. I do título II (2094 e segs.).



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

I.C. Atividade intelectual (CC, art. 966, par. ún.): não é empresária.

I.C.1. Razões de ordem da exclusão.

I.C.1.1. Tentativas de explicação equivocadas.

- 1ª tentativa: organização; problema: atividade intelectual pode ser organizada (e, se não fosse, nem precisaria do par. ún. do art. 966); e o requisito da organização é contestável até para as atividades empresárias.
- 2ª tentativa: natureza ínsita da prestação; problema: como explicar que a revenda de tais produtos por um agente possa ser atividade empresária?
- 3ª tentativa: prestações intelectuais necessitam elaboração; problema: a atividade empresária também necessita e, por vezes, é mais complexa do que a do profissional liberal.



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

I.C.1.2. Explicações apropriadas.

- infungibilidade e pessoalidade da prestação: atividade produtiva encontra-se na mente do agente (ver Sylvio Marcondes).
- explicação de caráter sociológico e histórico: fluidez (atividades outrora profissionais, hoje são tidas como empresárias). A tendência é de caracterizar a atividade como de natureza intelectual – não tanto para afastar o risco de falência, mas para reservar o mercado de profissão regulamentada. Explicação de Ascarelli.
- grandes dificuldades práticas: quando se está diante de atividades regulamentadas e de acesso restrito, a solução é mais fácil; nos demais casos, a solução é mais árida. Elemento útil: valoração da prestação que o sujeito se compromete a desenvolver perante o seu cliente.
- em alguns casos, a prestação de natureza intelectual é elemento de empresa.



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

I.C.2. Atividade intelectual como elemento de empresa.

- perplexidades: grandes escritórios de advocacia e grandes empresas de auditoria merecem ser reputados não-empresários ?

- casos para serem discutidos: (1) clínica médica; (2) hospital; (3) clínica de dermatologia (4) clínica de beleza e “spa”; (5) professor e escola; (6) laboratório de análises clínicas; (7) agência de cobranças; (8) escritório de advocacia que pratica atividades estranhas à profissão; (9) clínicas veterinárias e “pet-shops”; (10) farmácia, drogarias e farmácias de manipulação; e (10) imobiliárias.

- outros casos: (1) músico, sociedade de músicos e sociedade de promoção de espetáculos.



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

I.D. Empresa ilícita.

I.D.1. Licidade da empresa não aparece no art. 966 do CC.

- perplexidades: mercador de escravos, traficante de drogas e contrabandista podem ser empresários, para o fim de gozar da proteção que a lei concede aos empresários em geral?
- Lei nº 8.934/1994, art. 35: controle pelos órgãos do Registro Público de Empresas.

I.D.2. Confins da empresa lícita não são sempre claros.

- gradação: (i) sociedade de criminosos (quadrilha ou bando); (ii) comerciante que vende também produtos contrabandeados; e (iii) empresário que exerce atividade sem alvará de funcionamento.
- atenção: em qualquer caso, deve-se diferenciar ato e atividade – decisões da JT em relação a empregados do jogo do bicho e casas de prostituição.



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

I.D.3. Solução: aplicação seletiva.

- problema: a empresa ilícita coloca ou pode colocar problemas de tutela de terceiros, em especial dos credores, idênticos ao da empresa lícita.
- perplexidade: se o empresário regular pode falir, por qual motivo não poderia aquele que exerce atividade irregular?
- solução: aplicação seletiva – vide acórdão do TJSP.

Art. 973. A pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se a exercer, responderá pelas obrigações contraídas.



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

3ª Parte – Nascimento, Transferência e Extinção da Empresa.

I. Nascimento (início; surgimento) da empresa.

- aquisição da qualidade de empresário não depende de ato de vontade do agente; é um fato que, evidenciado, tem consequências jurídicas determinadas.
- empresa é atividade e, portanto, só com o seu exercício o titular adquire o “status” de empresário.
- inscrição do empresário individual não é, por si só, suficiente. E no caso de sociedade: quando tem início a atividade? Com a inscrição, antes dela ou depois?
- os atos de organização e os atos de gestão: teoria abandonada – o exemplo da fábrica de bicicletas.



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

3ª Parte – Nascimento, Transferência e Extinção da Empresa.

II. Transferência e da empresa.

- aquisição da qualidade de empresário é sempre a título originário.
- não é possível transferir a empresa (atividade; fato), mas apenas o estabelecimento, para que outro empresário o explore e, assim, exerça outra empresa.

III. Extinção (desaparecimento; fim) da empresa.

LRF: Art. 96. A falência requerida com base no art. 94, inciso I do caput, desta Lei, não será decretada se o requerido provar: (...) VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos do pedido de falência, comprovado por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova do exercício posterior ao ato registrado. § 1º. Não será decretada a falência de sociedade anônima após liquidado e partilhado seu ativo nem do espólio após 1 (um) ano da morte do devedor.



Fundamentos e Princípios de Direito Empresarial (aula 08): Ato e atividade; a atividade empresarial; teoria da empresa

Marcelo Vieira von Adamek

III. Extinção (desaparecimento; fim) da empresa.

LRF: Art. 96. A falência requerida com base no art. 94, inciso I do caput, desta Lei, não será decretada se o requerido provar: (...) VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos do pedido de falência, comprovado por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova do exercício posterior ao ato registrado. § 1º. Não será decretada a falência de sociedade anônima após liquidado e partilhado seu ativo nem do espólio após 1 (um) ano da morte do devedor.

- cessação da atividade é um fato; lei indica o meio de prova (a dúvida é se seria o único meio admissível ou não) – prevalência da substância sobre a forma.

- cessação da empresa; definitiva desagregação do estabelecimento.



Fundamentos e princípios de direito empresarial

Marcelo Vieira von Adamek

Aula 08: Ato e atividade; a atividade
empresarial; teoria da empresa